



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB

LEANDRO CIRILO DE SOUZA

CONFLITOS DE AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE
SEXUAL APÓS A LEI Nº 12.015/2009

Brasília – DF

2010

LEANDRO CIRILO DE SOUZA

CONFLITOS DE AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE
SEXUAL APÓS A LEI Nº 12.015/2009

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharel em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Georges Carlos Fredderico
Moreira Seigneur

Brasília – DF

2010

“Se existe algo que a história do conhecimento humano nos pode ensinar é como têm sido vãos os esforços para encontrar, por meios racionais, uma norma absolutamente válida de comportamento justo, ou seja, uma norma que exclua a possibilidade de também considerar o comportamento contrário como justo”.

Hans Kelsen

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo fazer um estudo crítico das mudanças trazidas pela Lei nº 12.015/2009 à ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, previstos nos Capítulos I e II do Título IV do Código Penal, comparando a atual legislação sobre o tema com a legislação anterior, buscando demonstrar os diversos posicionamentos doutrinários acerca deste assunto, amparando-se, para tanto, de conceitos legais e precedentes judiciais. Serão abordados temas polêmicos e divididos no entendimento doutrinário, tais como a atual validade da súmula 608 ou a viabilidade da ADI 4301. O trabalho visa também apontar soluções práticas para questões pertinentes decorrentes da alteração legal, demonstrando como agir diante de processos que ainda estão em trâmite ou que já se encontram em fase de execução penal.

Palavras-chave: Crimes contra a dignidade sexual. Ação Penal. Lei nº 12.015/2009. ADI 4301. Súmula 608 STF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. AÇÃO PENAL.....	8
1.1. Direito de Ação	8
1.1.1 Natureza jurídica do Direito de Ação	10
1.2. Ação Penal	13
1.2.1 Classificação da Ação Penal	16
1.3. Ação Penal Pública	17
1.3.1 Ação Penal Pública Incondicionada	19
1.3.2 Ação Penal Pública Condicionada.....	22
1.4. Ação Penal Privada	25
2. LEI PROCESSUAL NO TEMPO.....	28
2.1. Lei Penal no Tempo	28
2.2. Lei Processual Penal no Tempo.....	32
3. AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.....	36
3.1. Dos crimes contra a dignidade sexual.....	37
3.2. Ação Penal antes da Lei nº 12.015/2009	38
3.3. Ação Penal após a Lei nº 12.015/2009.....	38
3.2.1 Ação Penal nos crimes contra vulnerável.....	39
3.3.2 Ação penal no estupro praticado mediante violência real. A questão da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal	40
3.3.2.1 Estupro como crime complexo.....	41
3.3.2.2. Validade da Súmula pós Lei nº 12.015/2009.....	44
3.3.3 Ação Penal nos crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte. A questão da ADI 4301.....	46
3.3.4 Aplicação retroativa do artigo 225 aos processos ainda em trâmite, pendentes de sentença transitada em julgado.....	48
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.015/2009 trouxe uma série de alterações no Título VI do Código Penal, os crimes contra a dignidade sexual, anteriormente chamados crimes contra os costumes, além de modificar também a lei dos crimes hediondos e o estatuto da criança e do adolescente.

Dentre as várias modificações, destaca-se aquela no artigo 225 do Código Penal, responsável por definir a ação penal nos crimes sexuais, gerando divergências em nossa doutrina.

Anteriormente, de acordo com o Art. 225, a regra geral era que as ações penais seriam privadas para todos os crimes contra os costumes previstos nos capítulos anteriores, ou seja, Capítulos I, II e III, do Título VI, do Código Penal, havendo apenas algumas exceções expressamente previstas.

O STF sumulou seu entendimento de que a ação penal mais adequada para o crime de estupro praticado mediante violência real seria a pública incondicionada, por entender tratar-se de crime complexo, gerando assim a súmula 608.

A nova orientação, dada pela Lei nº 12.015/2009 é de que todos os crimes contra a dignidade sexual devem proceder mediante ação penal pública condicionada a representação. A única exceção prevista reside no parágrafo único do artigo 225 do Código Penal, que estipula a ação penal pública incondicionada para os menores de dezoito anos e vulneráveis.

Diante do que Cristiano Rodrigues chamou de “grande confusão”¹, vários foram os posicionamentos doutrinários acerca de qual seria a ação penal cabível em cada caso. Discutiu-se também a retroatividade ou não da referida lei aos crimes praticados antes de sua vigência.

Ainda, reafirmando a discussão ora suscitada, foi impetrada, em setembro de 2009, a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4301, que busca a declaração de inconstitucionalidade parcial do novo artigo 225 do Código Penal

¹ RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de direito penal*. 1. Ed. Método. 2010, p. 233

que, conforme explicado, é o responsável por definir a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, para que assim se exclua do seu âmbito de incidência os crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, de modo a restaurar, em relação a tais crimes, a regra geral da ação pública incondicionada.

Pelo exposto, o presente trabalho abordará, primeiramente, o tema ação penal, demonstrando sua concepção histórica, sua natureza jurídica e os diversos posicionamentos doutrinários a seu respeito. Além disso, serão tratados, um a um, os tipos de ação penal adotados no Brasil, que são, em suma, ação penal privada, pública condicionada e pública incondicionada.

Em seguida, abordar-se-á o tema Lei processual penal no tempo, de fundamental importância para os debates colocados no último capítulo, eis que discute-se bastante a retroatividade ou não dos novos institutos penais.

Por fim, serão tratados todos os conflitos aparentes existentes na atual doutrina e jurisprudência, no tocante à ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, usando, para tanto, de artigos, doutrinas e entendimento jurisprudencial.

1. AÇÃO PENAL

1.1. Direito de Ação

A doutrina processual considera que o estudo do instituto da ação deve se amparar, no básico, nos estudos da teoria do processo, ou, como alguns preferem, na teoria *geral* do processo. Nesse sentido, encontramos respaldo no século XIX, com o clássico de Oskar von Bülow, publicado na Alemanha, no ano de 1868, *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*.

Como bem explicita Afrânio Silva Jardim, “entendemos a ação como um direito subjetivo público, autônomo e abstrato de invocar a tutela jurisdicional do Estado, manifestando uma pretensão determinada.”. Quando “o sujeito de um dos interesses em conflito encontra resistência do sujeito do outro interesse”, tem-se a *lide*.² Esta é, pois, na clássica definição de Carnelutti, “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita”.

Desta forma, na lide, há um interesse alheio que deve subordinar-se ao interesse próprio. Assim, um deve prevalecer, por ser protegido pelo Direito, e o outro deve ser subordinado, por lhe faltar a tutela jurídica.

Buscando a composição de tais litígios, quando da inexistência de um Estado organizado para tal tarefa, a dita “autodefesa” era a forma mais utilizada, caracterizando-se pelo uso da força para alcançar a solução entre os particulares. Obviamente, não vencia aquele que possuía o bom direito, mas o de maior força.

Insatisfeitos com o uso da força para dirimir tais conflitos, era preciso que a solução do litígio se fizesse de maneira justa e pacífica. Para que houvesse justiça, deveria existir uma terceira pessoa, que não tivesse interesse direto na demanda e, assim, não fosse parcial ao resultado. Ainda, esse terceiro deveria ter força suficiente para que sua decisão fosse obedecida e respeitada por todos, principalmente pelos litigantes. Resta claro que somente o Estado é que podia receber tal responsabilidade.

Assim, paulatina e gradativamente, a resolução privada dos conflitos de interesse foi dando lugar à interveniência estatal, confiando ao Estado a administração da justiça, com a função de solucionar os litígios, aplicando o direito objetivo à situação conflituosa.

² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. Ed. Rio de Janeiro. 2003, p.131.

Para dirimir os conflitos de interesse, o Estado utiliza o *Processo*, que é uma forma de composição de litígios. Etimologicamente, a palavra “processo”, conforme ensina De Plácido e Silva, deriva do latim *processus*, de *procedere*, sendo que, embora tenha derivação equivalente a procedimento, pois, como este, também exprime ação de proceder, de prosseguir, com ele não se confunde³. Com efeito, enquanto o processo implica objetivo, um fim a ser alcançado, tendo por isso, caráter teleológico, o procedimento constitui-se no instrumento para se chegar a tal finalidade⁴.

Francesco Carnelutti bem conceitua processo como:

um conjunto de atos destinados à formação ou atuação de imperativos jurídicos, cuja característica consiste na colaboração, para este fim, das pessoas interessadas [...] com uma ou mais pessoas desinteressadas.⁵

Os sujeitos tidos como interessados seriam aqueles que se encontram em conflito e a pessoa desinteressada seria o órgão estatal encarregado de aplicar a ordem jurídica, ou seja, o órgão judiciário a que o Estado investe do poder jurisdicional.⁶

Desse modo, com o Estado sendo o detentor do poder de administrar a justiça e, conseqüentemente, de solucionar conflitos, quando alguém sentir-se ameaçado ou tiver lesado direito seu, pode recorrer ao Poder Judiciário, para dele obter a cessação dessa ameaça ou a restituição ao *status quo ante* e, se impossível, que lhe seja prestada uma tutela jurisdicional, garantindo-lhe a reparação quanto ao prejuízo suportado. Esse direito de se dirigir ao Estado, invocando a prestação jurisdicional, é o chamado *direito de ação*.

Ainda, a Constituição da República considera o direito de ação como um direito público subjetivo do cidadão, quando dispõe em seu artigo 5º, inciso

³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007. P. 1101

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 883

⁵ *Instituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano* [s.l]: 1951, p. 3, v. 1 *Apud* MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003. V.1 p. 9.

⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 9, v. I.

XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, depreende-se da leitura do citado inciso, que o direito de ação fundamenta-se na proibição a autodefesa e, havendo qualquer lesão ou ameaça a direito, esta deve ser levada ao conhecimento do Estado-Juiz, não podendo nem mesmo a lei impedir que o cidadão se dirija ao Poder Judiciário.

1.1.1. Natureza jurídica do direito de ação

Acerca da natureza jurídica do direito de ação, diversas teorias tem sido formuladas para tentar defini-la. Passar-se-á ao estudo célere das principais teorias sobre este vasto tema.

Surgiu, por primeiro, a *teoria civilista* ou *teoria imanentista* do direito de ação. Herdada do direito romano, numa concepção mais tradicional, a “ação seria o próprio direito material, substancial, reagindo contra a ação ou violação, seria o próprio direito em movimento.”⁷ Para Eduardo Couture, mencionado por Eduardo Melo de Mesquita, a ação seria uma espécie do gênero “direito de petição”⁸. Defende tal posição com base na própria origem, eminentemente privada, do direito de petição, que nada mais seria do que o direito de comparecer perante a autoridade. Esta teoria vigorava no tempo em que a ciência processual não havia ainda conquistado sua autonomia. Dessa forma, o direito de ação seria imanente (inerente) ao direito material. Tal teoria não admitia qualquer autonomia entre direito material e Direito Processual. Assim, a existência, ou inexistência, de um era também a existência ou inexistência do outro. Se não reconhecido o direito de ação, não se reconhecia também o direito material que se pretendia tutelar.

Nesse sentido, João Monteiro, nacional defensor da teoria civilista, cita em sua obra que, na visão de Savigny, direito material e ação constituíam uma só e mesma coisa. Ainda, segundo informa, o jurista alemão defendia que:

Todo direito, em consequência de sua violação, toma imediatamente o aspecto que passo a descrever. No conjunto dos nossos direitos,

⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 86

⁸ COUTURE, Eduardo Juan. Fundamentos do direito processual civil. Trad. de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, pp. 48-51. *Apud* MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 52, 2002, p. 54

uns existem perante todos os homens, os outros se referem unicamente a certos indivíduos determinados, e as obrigações têm essencialmente este caráter. Mas a violação dos nossos direitos só é concebível mediante fato de pessoa determinada, fato que estabelece entre nós e essa pessoa uma relação de direito especial nova. Este processo a exercer contra uma determinada pessoa, por um objeto determinado, tem, portanto, o caráter de uma obrigação; aquele que sofreu a violação e aquele que a cometeu, ou o autor e o réu, se acham na posição respectiva de um credor e de um devedor. Enquanto esta nova relação se mantém no estado de possibilidade e ainda não determinou ato algum da parte lesada, não a podemos considerar como uma obrigação verdadeira e perfeita. É um germe suscetível de se transformar, por seu desenvolvimento natural, em verdadeira obrigação. Esta relação, resultante da violação, isto é, o direito conferido à parte lesada, se chama direito de ação ou ação.⁹

Essa concepção privatista da ação foi veementemente combatida após a célebre polêmica entre Windscheid e Muther, dando origem à chamada *Teoria Concreta* da ação. Windscheid entendia a ação não como um direito exercitado em juízo contra o réu, mas o poder de exigir algo de outrem, de pretender alguma coisa de alguém, criando assim o conceito de pretensão.

Muther, em resposta a Windscheid, defendia que não se tratava de um direito de autor contra réu, mas um verdadeiro direito contra o Estado. Assim, “a ação é o direito de reclamar, de exigir que o Estado-Juiz torne respeitado o direito violado. O estado, iniciada a ação, é que tem o direito contra o réu”.¹⁰

Adolph Wach, jurista alemão, deu ênfase à autonomia do direito de ação. Ele afirmava que

A pretensão de proteção ao direito é o meio que permite fazer valer o direito, sem ser o direito em si mesmo. [...] A pretensão de proteção do direito é de natureza pública; dirige-se por um lado, contra o Estado, e, por outro lado, contra a parte contrária. Aquele deve outorgar a proteção do direito – o ator de administração da justiça – enquanto esta (parte contrária) deve tolerá-lo.¹¹

A *Teoria Abstrata* da ação, por sua vez, defendia um direito de ação independente de um direito subjetivo material e, também, da existência ou não de razão na demanda. Assim, não era condicionado à existência de um direito material

⁹ MONTEIRO, João. *Curso de processo civil*. 2. Ed., São Paulo, Duprat, 1905, v. I, p. 85-93

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008. v.1 p.306

¹¹ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*, p.59 *Apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. Cit. p. 306

violado, mas independe, porquanto o direito de ação existe ainda que a demanda seja julgada improcedente. Não importa a existência ou não do direito material, o réu não pode impedir que o autor ingresse em juízo com a ação. Nesse sentido posicionaram-se os juristas Plòsz e Degenkolb.

Ainda, há a teoria defendida por Chiovenda, de que a ação é um *direito potestativo*, “exercido em relação ao adversário, que nada pode fazer para impedi-lo, visando à produção de um efeito jurídico a favor de quem a propôs e em detrimento da pessoa contra quem foi proposta”¹². Para chegar a tal resposta, ele observou que o réu não pode impedir o ingresso do autor em juízo, da mesma forma que o mandatário não pode impedir que o mandante revogue a procuração, vendo assim perfeita semelhança entre o direito de ação e os denominados direitos potestativos, para afirmar que o direito de ação é um direito potestativo exercido em face do réu.

Atualmente, entende-se que o direito de ação é um direito contra o Estado, pois no momento em que ele proibiu de fazer justiça pelas próprias mãos, assumindo, por inteiro, o monopólio da Justiça surgiu para o cidadão um instrumento para que possa reclamar o que lhe é devido. Este é o direito de ação.¹³

A maior parte da doutrina define o direito de ação como sendo *público*, por servir para a aplicação de um direito público, além de ser dirigido contra o Estado em face do réu; *subjetivo*, por ser inerente a cada indivíduo; *autônomo*, por não ser confundir com os direitos subjetivos materiais, que podem, quando muito, construir o seu objeto, como finalidade da aplicação *norma agendi*, invocada pelo Poder Judiciário¹⁴; *específico*, por pretender algo em especial; *determinado*, “por que está ligado a um fato ou interesse concreto”¹⁵; e, por fim, *abstrato*, como bem expõe José Frederico Marques, pois “investe seu titular da faculdade de invocar o poder público, através de seus órgãos judiciários, para aplicar a norma legal objetiva e solucionar um litígio de interesses em conflito”¹⁶.

¹² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 87

¹³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17 Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010. p. 225

¹⁴ MARQUES, José Frederico. . *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 348, v. I

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 87

¹⁶ MARQUES, José Frederico. Op. Cit. p. 349.

Considerar a ação como sendo abstrata e subjetiva nos dá a ideia de que a ação precede ao delito, antes mesmo deste ser praticado, pois o que irá surgir com a prática da infração penal é a pretensão acusatória (objeto do processo), que irá ser exercida no pedido condenatório.¹⁷

Dessa forma, parece correta a definição de ação fornecida por Fernando da Costa Tourinho Filho, que define o direito de ação como sendo um “direito subjetivo de invocar do Estado-Juiz a aplicação do direito objetivo a um caso concreto. Tal direito é público, subjetivo, autônomo, específico, determinado e abstrato”.

1.2 Ação Penal

Conforme exposto, antes de existir um Estado organizado, com o monopólio da jurisdição, o poder punitivo se encontrava difundido entre os particulares, que o exerciam com as próprias mãos. Desta forma, a vingança privada constituiu o principal instrumento de composição de conflitos dos povos antigos. Não havia um poder que centralizasse o direito/dever de punir. Essa inovação só veio a ocorrer com o surgimento do Estado, que o retirou das mãos da população. Em contrapartida, obrigou-se a fornecer segurança ao povo e a punir os que infringissem a lei, acabando com a antiga vingança privada. Assim, o homem trocou o direito de se vingar pessoalmente pelo direito de ação.

Dos bens ou interesses tutelados pelo Estado, alguns são amparados por normais penais, por afetarem diretamente as condições de vida em sociedade como, por exemplo, o direito à vida ou à integridade física. Atentados contra tais direitos representam ilícitos ou infrações penais. Afrânio Silva Jardim bem define infração penal como sendo: “uma agressão aos valores protegidos pela norma incriminadora, sendo também uma forma de opressão e limitação indesejável da liberdade dos indivíduos em sociedade”.¹⁸

¹⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17 Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010. p. 229

¹⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. Ed. Rio de Janeiro. 2003. p. 82

Dessa forma, “o Estado, então, não permite que a aplicação do preceito sancionador ao transgressor da norma de comportamento, inserta na lei penal, fique ao alvedrio do particular”¹⁹

Sendo os bens tutelados pelas normas penais eminentemente públicos, o direito de punir os infratores corresponde à sociedade. Como a sociedade é uma entidade abstrata, cabe ao Estado a função de reprimir as infrações penais, que a realiza por meio de seus órgãos competentes. O poder de punir, ou *jus puniendi*, pertence, pois, ao Estado.

Cabe observar que o *jus puniendi* existe em dois planos, *in abstracto* e *in concreto*. O plano abstrato ocorre para o Estado quando este elabora leis penais, por meio do Poder Legislativo, cominando sanções aos que vierem a realizar a conduta proibida pela norma penal. Todavia, quando alguém transgrede o mandamento proibitivo, o *jus puniendi* sai do plano abstrato para o concreto, pois que agora o Estado detém o direito/dever de infligir pena ao infrator. Dessa forma, “a pretensão punitiva surge, pois, no momento em que o ‘*jus puniendi*’ *in abstracto* se transfigura no ‘*jus puniendi*’ *in concreto*”²⁰.

Aproveitando a concepção de lide, dita por Cernelutti, como sendo *um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida* e tentando importá-la para o direito penal, nos deparamos com notáveis dificuldades, a começar pela noção de conflito de interesses.

Considerar que existe um conflito entre o interesse público ligado à segurança pública e um interesse individual da liberdade, não é inteiramente correto. Há também interesse público na liberdade individual, ao mesmo tempo em que há interesse na absolvição do inocente ou na condenação do culpado. Assim, os interesses não se mostram completamente conflitantes.²¹

Ainda, a própria noção de interesse é conflitante. A condenação do réu ou a imposição de serviços à comunidade ou, até mesmo, a imposição de multa, pode até fornecer a satisfação pessoal, moral, do demandante, mas não consegue reverter a situação ao *status quo* anterior, pois que, por exemplo, num caso de agressão física, o dano não pode ser completamente revertido. E, mesmo se

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008. v.1. p. 9

²⁰ Idem. Ibidem. p. 10

²¹ Idem. Ibidem. p. 12

tratando de infração contra o patrimônio e a coisa seja devolvida, será satisfação patrimonial, não penal, subsistindo ainda o temor gerado pela conduta.

Não obstante, a “pretensão” do Direito Penal não há de ser sempre resistida. O réu pode aceitar e estar de acordo com a imposição da pena, não oferecendo resistência alguma à sua condenação, negando, assim, a ideia de *pretensão resistida*.

Como bem leciona Eugenio Pacelli:

trabalha-se com o que convencionou chamar de *pretensão punitiva*, que significa a pretensão condenatória de imposição da sanção penal ao autor do fato tido por delituoso. Ao falarmos em pretensão, estamos referindo a outro conceito já consolidado, no sentido de que seria ela a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio²²

Quando o Estado chamou para si a competência de dar a cada um o que lhe é de direito, ficou obrigado, quando invocado, a dar solução aos litígios. Assim, bem explicita José Frederico Marques, ao elucidar-nos que

A ação penal, por isso, é uma resultante de garantias individuais que tornam o *jus puniendi* um direito de coação indireta, em virtude de ninguém poder ser condenado a uma pena criminal, a não ser através de sentença judiciária²³.

A natureza jurídica da ação penal nada tem de diferente do direito de ação que se formula pelos cultores do Direito Processual Civil. Ação, tanto no campo cível quanto penal, é o direito de invocar a prestação jurisdicional. O que distingue uma da outra é a pretensão que lhes serve de conteúdo²⁴. Se a pretensão é de natureza penal, exercita-se a jurisdição penal; se a pretensão é a aplicação de norma extrapenal, invoca-se a jurisdição civil.

A ação penal é, portanto, “o direito de pedir ao Estado-Juiz uma decisão sobre um fato penalmente relevante”²⁵ ou “o direito de invocar-se o Poder Judiciário para aplicar o direito penal objetivo”²⁶ ou ainda “o direito de pleitear ao

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 116.

²³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 347

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008. p. 314

²⁵ Idem. Ibidem. p. 315

²⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de processo penal*. 5 Ed. São Paulo, 1979. v. 1p. 299

Poder Judiciário a aplicação da lei penal ao caso concreto, fazendo valer o poder punitivo do Estado em face do cometimento de uma infração penal”²⁷.

1.2.1 Classificação da ação Penal

A ação como direito abstrato é um único instituto jurídico, todavia, é um direito instrumental conexo a uma pretensão. A ação pode agrupar-se em categorias que se distinguem entre si em razão da tutela jurisdicional invocada, ou em razão da pretensão. É essa última que serve para diferenciar a ação penal da ação civil.²⁸

Assim, para se classificar a ação penal, há dois critérios: um moderno, baseado na tutela jurisdicional invocada; e outro tradicional, em que se leva em conta o elemento subjetivo, considerando-se o sujeito que a promove, sua titularidade enfim.²⁹

Sobre a classificação segundo a razão da tutela jurisdicional invocada, diz bem Mirabete:

De acordo com a tutela jurisdicional invocada as ações dividem-se em civis e penais. Se a pretensão, que é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao próprio, é de direito penal (punitiva ou não) há ação penal; existindo uma pretensão de direito extrapenal, existe ação civil.³⁰

A classificação moderna de ação, decerto oriunda da influência que teve o Direito Processual Civil em alguns doutrinadores, se baseia no conteúdo da ação penal, ou, segundo Tourinho Filho, “na tutela jurisdicional invocada”³¹ Esta distingue as ações penais em: ações de conhecimento (declaratória, constitutiva e condenatória), as ações cautelares e as ações executivas.

Embora não haja óbice a tal classificação, cuidar-se-á aqui de aprofundar somente na classificação tradicional, por ser mais difundida e aceita na

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral. Parte Especial*. 4. Ed. São Paulo. 2009. p. 552

²⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003 p. 358

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008. p. 321

³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. . *Processo Penal*. 18 edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 94

³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 322

maior parte da doutrina e também por encontrar-se sistematizada nos códigos de Direito Penal e Direito Processual Penal brasileiros.

Segundo a classificação tradicional, ou classificação subjetiva (pois se leva em conta o elemento subjetivo, ou seja, o sujeito que a promove), há a distinção entre ação penal pública e ação penal privada. A primeira subdivide-se em ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionada. A segunda, por sua vez, pode ser privada (ou exclusiva) e subsidiária. Há ainda quem fale numa terceira espécie, qual seja, a ação popular, mas não aprofundaremos no estudo desta modalidade, por não influenciar o objeto do presente trabalho.

Assim dispõe o *caput* do art. 100 do Código Penal: “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”.

Por sua vez, o § 1º do mesmo artigo reza que “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”.

Dessa forma, o *caput* demonstra a divisão da ação penal entre pública e privada, enquanto o parágrafo distingue a ação penal pública incondicionada, ou seja, sem subordinação da manifestação de vontade daquela em que a atividade do Ministério Público fica subordinada à manifestação de vontade, qual seja, a condicionada.

1.3 Ação Penal Pública

Conforme exposto, o Estado é quem detêm o monopólio da jurisdição e, com ele, o direito de punir, ou *jus puniendi*. Assim, para assegurar a manutenção da ordem jurídica, ele desenvolve, como detentor do poder de punir e como titular da ação penal, uma atividade no sentido de promover e realizar a atuação do Direito Penal objetivo em face da ocorrência de uma infração penal. Bem salienta, Tourinho Filho:

nem se compreenderia pudesse o Estado conceder ao particular o exclusivo exercício da ação penal, mesmo porque (caso o fizesse) veria periclitarse, com funestas consequências, a efetiva aplicação da lei penal. Bastaria a inatividade do particular, e impune ficaria o criminoso.³²

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008. p. 328

Embora sendo interessado direito na demanda jurisdicional, o Estado não poderia figurar como polo ativo, como parte, instituindo-se, então, o Ministério Público para tal função. Bem elucida, Tourinho Filho, ao considerar que “bem que o Estado podia cometer essa função a qualquer do povo. Entretanto, seria perigoso, pela indeterminação do móvel ou interesse que a impulsionaria, podendo ser arma de paixões excitadas, ódio, vingança”. Ainda, usando das palavras de Donnedieu de Vabres, ele considera que “talvez apenas os mais audazes se apresentassem, talvez houvesse margem para as confabulações entre os pseudo-acusadores populares e a defesa do inculpado”.³³

Assim, decorrente do aparecimento do Ministério Público como titular do direito de ação, houve a evolução de uma visão privatista, com um sistema acusatório rígido e individualista, para uma concepção publicista, com a crescente publicização do sistema. Dessa forma, segundo a análise de Afrânio Silva Jardim:

a institucionalização do Ministério Público permitiu a evolução do processo penal de um sistema acusatório privado para o salutar sistema acusatório público, onde o Estado se coloca como titular da ação penal e resguarda o Juiz para as funções propriamente jurisdicionais.³⁴

Mesmo sendo o Estado interessado direto na repressão dos delitos, a ação penal pública não é uma imposição absoluta em nosso ordenamento jurídico. Há momentos em que existem outros interesses em pauta, além da repressão do delito. Como bem explica Tourinho Filho:

às vezes o delito cometido afeta tão profundamente a esfera íntima e secreta de um indivíduo que o Estado, em face da gravidade, faz respeitar a vontade da vítima ou de quem legalmente a represente, evitando, assim, que a intimidade ferida pela infração o seja novamente pelo *strepitus fori*.³⁵

Dessa forma, o Estado condiciona o seu poder repressivo e escolhe deixar ao livre arbítrio do ofendido a conveniência ou não da propositura da ação penal, mas, ainda assim, continua sendo pública a ação penal, pois, uma vez

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008.p. 332

³⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. Ed. Rio de Janeiro. 2003p. 82

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 328

manifestado o interesse em prosseguir, os demais atos ficam afetos ao Ministério Público.

Ao examinarmos o texto legal do §1º do artigo 100 do Código Penal, temos à evidência a distinção da ação penal pública em duas espécies: a ação penal pública plena, também chamada *incondicionada* e ação penal pública *condicionada*, ou semipública.

Em ambos os casos a ação penal se inicia por denúncia do Ministério Público. A distinção existe no sentido que, no primeiro caso, basta a existência de *informatio delicti* para que o Ministério Público ofereça a acusação, enquanto no segundo, a propositura da ação está condicionada à representação do ofendido ou de quem legalmente o represente ou à requisição do Ministro da Justiça.³⁶

1.3.1 Ação penal pública incondicionada

A ação penal pública incondicionada constitui regra no nosso ordenamento jurídico. A princípio, toda ação penal é pública incondicionada. Assim, caso a norma silencie, tratar-se-á desse tipo de ação. Nela, é irrelevante a manifestação de vontade do ofendido, ou de quem quer que seja, acerca da promoção da ação penal, basta haver indícios suficientes de autoria e prova de materialidade do fato (nas infrações que deixam vestígios) para propor a ação.³⁷

A Constituição da República incumbe, em seu artigo 129, inciso I, ao Ministério Público, a função de promover, privativamente, a ação penal pública. *In verbis*: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”

Assim, em regra, a ação penal pública é promovida pelo Ministério Público à vista do inquérito policial. Entretanto, há a forma de provocação do Ministério Público com o fornecimento de elementos necessários à denúncia, conforme exposto no artigo 27 do CPP;

³⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 372

³⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17 Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.p. 230

Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Há casos em que, não obstante a ação ser pública e, portanto, promovida pelo Ministério Público, se este não a propuser no prazo legal, o ofendido poderá propor a ação em nome próprio, defendendo interesse alheio. É a chamada ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública. Assim, havendo desídia por parte do Ministério Público em propor a ação penal, o ofendido poderá propô-la.³⁸ Tal entendimento encontra respaldo tanto no código penal (art. 100, § 3º), quanto no código processual penal (art. 29) e, ainda, na Constituição Federal (Artigo 5º, LIX).

A doutrina não é uníssona ao tratar dos princípios que regem a ação penal pública. Tourinho Filho enumera cinco princípios³⁹. José Frederico Marques, enumerando um arcabouço diferente, distribui os princípios em três grupos⁴⁰. Paulo Rangel, fala apenas em três princípios⁴¹. Eugênio Pacelli, por sua vez, defende que, em sua maioria, não se tratam especificamente de princípios, mas sim de regras processuais específicas⁴². Diante de tal inquietude na doutrina, iremos aqui tratar dos princípios mais recorrentes.

Primeiramente, há de se falar no princípio da oficialidade. Como dito anteriormente, ao Estado pertence a ação penal e, como esse não pode estar em juízo, institui órgãos para tal finalidade. Assim, quem deve propor a ação penal é um órgão “oficial”, portanto, órgão do Estado.⁴³ Em curtas linhas, corresponde à atribuição aos órgãos do Estado da legitimação para a persecução penal.⁴⁴

³⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17 Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010. p. 307

³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008. v.1 p. 335

⁴⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 374

⁴¹ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 231

⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 144

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 334

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Op. cit. p. 144

Em relação ao princípio da obrigatoriedade, a princípio temos que delimitar sua nomenclatura. Alguns autores preferem chama-lo de princípio da legalidade, mas aqui convencionamos chamar de princípio de obrigatoriedade, amparados pelo entendimento de Paulo Rangel, ao considerar que “qualquer obrigatoriedade somente pode surgir na medida em que é instituída por lei”⁴⁵. Dessa forma, tal princípio decorre da obrigação que possui o Ministério Público em promover a ação penal diante de elementos que indiquem a existência de fato típico e antijurídico. Não há arbítrio ou discricionariedade em sua decisão, mas um dever. É o que estipula o artigo 24 do CPP, ao dispor que a ação penal “*será promovida*”, não dando margem aqui a faculdades, por denúncia do Ministério Público.

O princípio da indisponibilidade, por sua vez, é traduzido na “impossibilidade de o Ministério Público dispor da ação penal a que era inicialmente obrigado”⁴⁶. Segundo entendimento de Donnedieu de Vabres, compartilhado por Tourinho Filho, “os órgãos do Ministério Público não agem senão em nome da sociedade que eles representam. Eles tem o exercício, mas não a disposição da ação penal; esta não lhes pertence”.⁴⁷

Por fim, trataremos do princípio da indivisibilidade, talvez o mais controverso. A maior parte da doutrina discorda da posição que, por meio de decisões de seus mais altos tribunais⁴⁸, negaram a existência de tal princípio nas ações penais públicas, limitando-o somente às ações penais privadas. Por razões de objetividade, iremos nos ater apenas aos conceitos defendidos pela maior parte da doutrina. Assim define Tourinho Filho: “a ação penal, seja pública, seja privada, é indivisível, no sentido de que abrange todos aqueles que cometeram a infração”.⁴⁹

⁴⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17 Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010. p. 231

⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 144

⁴⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008. v.1 p. 335

⁴⁸ BRASIL.HC n 71.538. Relator Min. Ilmar Galvao. Stf. Primeira turma; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, n 72.162. Min. Adhemar Maciel. Sexta turma. STJ

⁴⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. cit. p. 341

Dessa forma, não é permitido ao Ministério Público juízo de conveniência ou oportunidade para processar esse ou aquele indivíduo.⁵⁰

1.3.2 Ação penal pública condicionada

Conforme anteriormente dito, há casos em que outra ordem de interesses, igualmente relevantes, devem ser tutelados pelo ordenamento processual. Conforme bem explicita Eugênio Pacelli, “trata-se de proteção da vítima de determinados crimes contra os deletérios efeitos que, eventualmente, podem vir a ser causados pela divulgação pública do fato.” Pelo chamado *strepitus iudicii* (escândalo provocado pelo ajuizamento da ação penal) reserva-se à vítima o juízo de oportunidade e conveniência da instauração da ação penal, com o objetivo de evitar a produção de novos danos diante de possível repercussão negativa trazida pelo conhecimento generalizado do fato criminoso.⁵¹ O perigo do escândalo, advertia João Mendes, é mais temível que a própria impunidade do criminoso.

A ação penal pública condicionada é aquela cujo exercício se subordina a uma condição. Sem que se preencha essa condição, o Ministério Público não se acha investido da função de acusar determinados crimes. A propositura da ação penal fica, assim, dependendo de uma provocação prévia, a fim de que o órgão da acusação pública possa investir-se de qualidade para agir.⁵²

Não há formalidades quanto à manifestação, embora necessária tanto para a instauração da ação penal, quanto do próprio inquérito policial. Pode ser oferecida verbalmente ou por escrito, bastando a demonstração clara do interesse do ofendido em ver apuradas a autoria e a materialidade do fato⁵³. Neste sentido, posiciona-se também a Suprema Corte, ao considerar que:

⁵⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17 Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010. p. 237

⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 149

⁵² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003 p. 383

⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Op. cit. p. 149

Quanto à representação para a ação penal pública, considerou-se ser suficiente a demonstração inequívoca do interesse na persecução criminal, e que, por tratar-se de notícia-crime coercitiva, qual a prisão em flagrante, bastaria a ausência de oposição expressa ou implícita da vítima ou de seus representantes, de tal modo que, pelo contexto dos fatos e da condução do processo, se verificasse a intenção de prosseguir no processo, como no caso.⁵⁴

Cabe observar que, feita a representação e iniciada a ação penal, “o Ministério Público assuma em toda sua plenitude a posição de *dominus litis*, sendo irrelevante, a essa altura, uma vontade contrária do ofendido.”⁵⁵

O direito de representação só pode ser oferecido pela vítima ou seu representante legal. Sendo a vítima maior de 18 anos, capaz, entendemos que cabe somente ao ofendido o oferecimento da representação. Sendo a vítima menor, somente teriam capacidade processual os seus representantes legais (conforme mencionados na lei civil) ou, na ausência destes, o curador especial. Em caso de morte ou ausência, judicialmente reconhecida do ofendido, o direito de representação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, conforme se entende por interpretação análoga dos artigos 24, §1º e 36, ambos do CPP.

Cabe ressaltar que, segundo entendimento jurisprudencial, a representação é vista como uma proteção à vítima, e não ao acusado. A jurisprudência entende que essa representação é mais de caráter material que formal, admitindo um rol mais extenso de possíveis representantes⁵⁶. Assim, tem sido aceita a manifestação formulada por aqueles que, embora não sendo os pais da vítima, com ela possuem laços de parentesco ou que a têm sob dependência econômica⁵⁷, por quem seja provisoriamente responsável pela menor, na eventual ausência dos representantes legais⁵⁸. Desde que não haja vontade em sentido contrário dos legítimos representantes legais da vítima, a jurisprudência admite a

⁵⁴ BRASIL. STF HC 86058 / RJ. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 25/10/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma. DJ 09-02-2007 PP-00030

⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008. v.1 p. 346

⁵⁶ BRASIL RTJ 57/90, RTJ62/26, RTJ 49/538, RT392/391, RT416/318, RT396/366, RT 397/59,

⁵⁷ BRASIL, STF, RT 595/459

⁵⁸ BRASIL. TJSE, RT755/716

representação feita pela tia ou tio⁵⁹; pela avó⁶⁰; pela irmã⁶¹; pelo amásio da mãe⁶²; e até por "senhora vizinha, em cuja residência a vítima, menor abandonada, pediu socorro" ⁶³.

Há casos em que o juízo de oportunidade e conveniência da instauração da ação penal, diante das repercussões políticas que podem ocorrer a partir da divulgação do fato, fica à discricionariedade do Ministro da Justiça, conforme o disposto no art. 145, parágrafo único do CP. Nessas situações, há outro interesse a ser tutelado, sobretudo diante da qualificação do ofendido. É o que ocorre, por exemplo, com os crimes contra a honra do Presidente da República, Ministro de Estado, Presidente do Senado, entre outros. ⁶⁴

O CPP, em seu artigo 28, prevê o prazo decadencial de seis meses para representação, contados do dia em que vier se conhecer a autoria do fato, não podendo o mesmo, em regra, ser interrompido ou suspenso. Não ocorrendo a representação no prazo legal, há extinção da punibilidade. Porém, no que se refere à requisição do Ministro da Justiça, a lei não estipula prazo decadencial para seu oferecimento, dessa forma, ela se faz possível até a prescrição da pretensão punitiva.

O Código de Processo Penal dispõe que a representação é irretratável depois de oferecida a denúncia (artigo 25, CPP). Por conseguinte, a retratação efetuada até o oferecimento da denúncia impede a propositura da ação penal⁶⁵. Dessa forma, oferecida a denúncia, ainda que não recebida, não há de se falar em retratação. Ainda, o ofendido pode renovar a representação, desde que dentro do prazo decadencial, ainda que já retratada. Assim, é possível a retratação da retratação.

⁵⁹ BRASIL. STF, RTJ116/779, 85/482; BRASIL. TJSP,RJTJSP114/507

⁶⁰ BRASIL. STF,RT607/398; BRASIL. HC56.684,DJU28.12.78, p. 10573

⁶¹ BRASIL. TJSP,RT572/313; BRASIL. TJPR, RT498/296

⁶² BRASIL STF,RTJ32/109

⁶³ BRASIL. STF,mv— PT 716/533

⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 150

⁶⁵ BRASIL. TJSP, RT 704/327

Sobre a natureza da representação e da requisição, há diversidade na doutrina. Hélio Tornaghi as tem como condição objetiva de punibilidade⁶⁶. Tourinho Filho que, por sua vez, as considera condição de procedibilidade, pois sem elas não pode ser proposta a ação penal.⁶⁷

1.4 Ação Penal Privada

Há poucas linhas viu-se que a razão de ser da ação penal pública condicionada à representação está no *strepitus judicii* ou escândalo causado pela divulgação do fato. A doutrina mais tradicional sustenta, também, este argumento para a existência da ação penal de iniciativa privada em nosso ordenamento jurídico, conforme nos alude Salles Júnior:

A razão de ser da transferência do *Jus Accusationis* ao particular está no fato de que, muitas vezes, o mal do processo será maior do que o mal do crime. Em determinados casos, a vítima pode preferir o silêncio. Renuncia ao direito de promover a ação penal contra o agente, por entender que o silêncio atende melhor aos seus interesses. A publicidade do processo poderá acarretar-lhe situação pior que o próprio crime de que foi vítima.⁶⁸

Ademais, há quem discorde da doutrina tradicional neste ponto, atribuindo a existência da ação penal de iniciativa privada à defesa de um interesse não penal, nesse sentido, expõe Eugênio Pacelli:

é que, existindo na ordem jurídica uma previsão legal de recomposição econômico-financeira pelos danos causados pela infração penal, a só existência do instituto da assistência (art. 268, CPP) não parece ser suficiente para proteger com maior eficácia o interesse da vítima. É que a assistência somente tem lugar depois de instaurada a ação penal.⁶⁹

A instauração da ação penal fica aos critérios de conveniência e oportunidade do ofendido, quando capaz. Por outro lado, quando menor de 18 anos

⁶⁶ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1 p. 44

⁶⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008. v.1 p. 355

⁶⁸ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida, *Inquérito Policial e Ação Penal*, São Paulo: Saraiva, 1992, p.152.

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 160

ou incapaz, a lei não lhe atribui capacidade processual para estar em juízo, passando-a ao seu representante legal, ou, na ausência deste, ao seu curador especial. Ainda, no caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, nesta ordem, conforme dispõe os artigos 100, 4º do CP e 31 do CPP.

Depreende-se da leitura do artigo 6º do CPC e da sua interpretação análoga ao processo penal que a queixa-crime, quando oferecida por terceiro não investido de poderes especiais, não tem valia e, portanto, não é ato capaz de iniciar a ação penal privada.

Assim como na ação penal pública, a ação penal de iniciativa privada possui alguns princípios não uníssonos na doutrina. Iremos aqui tratar dos de maior relevância ao tema tratado.

Enquanto na ação penal pública rege o princípio da obrigatoriedade da ação, em que o Ministério Público possui obrigatoriedade em promover a ação penal, na ação penal privada vigora o princípio da oportunidade ou conveniência. Segundo tal princípio, o titular do direito de agir possui a faculdade de propor ou não a ação, segundo sua conveniência. Bem explicita Tourinho Filho ao considerar que

O Estado, nesses crimes, concede ao particular [...] o direito de acusar, de invocar a prestação jurisdicional e, se o interessado quiser fazer uso de tal direito, poderá fazê-lo. Usá-lo-á se quiser. Promoverá a ação penal, se quiser promove-la. Não há obrigação; há faculdade.⁷⁰

Ainda, há o princípio da disponibilidade, que anda de mãos dadas ao princípio da conveniência, pois que, segundo ele, o ofendido, ou quem o represente, tem a faculdade de prosseguir ou não até o final com a ação. Ainda, amparado por tal princípio, há a possibilidade de renúncia do direito de queixa, de perempção, de desistência e de perdão, todas modalidades amparadas pela legislação vigente.

O princípio da indivisibilidade, por sua vez, possui filiação legal e está previsto no artigo 48. *In verbis*: “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará o processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”.

⁷⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008. v.1 p. 455

Assim, a lei é clara ao considerar que o ofendido não pode, quando optar pela queixa, deixar de nela incluir todos os co-autores ou partícipes do fato.⁷¹

Há de se falar, ainda, na ação penal privada personalíssima, que consiste naquela modalidade em que a ação única e exclusivamente deve ser proposta pelo ofendido, não permitindo que outras pessoas possam intentá-la ou em seu lugar prosseguir.

⁷¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 108

2. LEI PROCESSUAL NO TEMPO

2.1. Lei Penal no tempo

A lei penal é um produto histórico-cultural e, portanto, possui eficácia temporal e espacial definidas. Em sua maioria, as leis dispõem para o futuro, não focando fatos ocorridos no passado. Dessa forma, os atos acontecidos antes da vigência da nova lei, regulam-se pela lei do tempo em que foram praticados: *tempus regit actum*.

A lei penal classifica como *extratividade* da lei penal a aplicação da norma fora de seu período normal de atividade. Esta se aplica sob dois ângulos: da retroatividade e da ultratividade.

Retroatividade, segundo salienta Álvaro Mayrink da Costa, é “a aplicação da lei penal que não existia no momento em que ocorreu o ato típico punível”.⁷² Já ultratividade, por sua vez, é a continuidade da aplicação da lei, mesmo após sua revogação.

O Código Penal, logo em seu artigo inicial, prega o princípio da legalidade da lei, com a seguinte redação: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. É cediço que nosso Direito Penal adota um sistema fechado, taxativo, que admite somente a lei como única fonte direta. É o chamado princípio da legalidade rígida.

Da leitura do artigo supracitado, percebemos a coexistência de outro princípio, fundamental para o ordenamento jurídico posto, qual seja, o da irretroatividade da lei penal, pois “se determinado fato não era considerado ilícito ao tempo da lei anterior, e a lei nova vem a incriminá-lo, não poderá esta ser aplicada”.⁷³

Os argumentos em prol da irretroatividade remetem ao século V. Grande parte da doutrina cita o caso de Santo Ambrósio, que justificou o adultério de Abraão com o argumento de que, ao tempo em que cometeu, a lei não o punia. Nos

⁷² COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal. Parte Geral*. 7 Ed. v.1 Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 442

⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008. v.1 p.102

dias atuais, tal debate foi enriquecido pela perspectiva político-criminal. Bem salienta Álvaro Mayrink da Costa ao considerar que:

o fundamento político-jurídico da proibição da retroatividade desfavorável, em determinada conjuntura histórica, mostrar-se-ia conatural à pessoa humana e ao Estado de Direito sendo uma exigência ético-política e ético-penal.⁷⁴

Há duas teorias acerca do estudo da irretroatividade, a da irretroatividade absoluta e a da irretroatividade relativa. Para a primeira, sempre se aplica a lei vigente ao ato, sem distinção de qualquer natureza, visto que é o momento em que nasce a relação jurídico-penal. Para a segunda, a irretroatividade não perdura quando a nova norma é mais benigna, retroagindo aos fatos anteriores, pois responde melhor à realidade social, sendo desnecessária a aplicação de uma sanção.⁷⁵

Ainda, há aqueles que defendem o princípio da retroatividade. À luz desse princípio, a lei pode retroagir a fatos ocorridos antes de sua vigência. Há duas teses, a da retroatividade absoluta e a da retroatividade branda. Os que defendem a primeira pregam que a lei retroage sempre, uma vez que,

se o Estado a elaborou, é porque reconheceu que a anterior não satisfazia aos interesses sociais, e, assim, não se justifica a aplicação da medida defensiva, cuja inadequação foi proclamada pelo próprio Estado ao promulgá-la. Esta deve retroagir, pouco importando se mais grave ou mais doce.⁷⁶

Assim, lei nova que criasse nova figura delituosa seria aplicada aos fatos passados que, quando efetuados, não eram incriminados.

Já os que preferem pela modalidade mais branda, defendem argumentos similares à anterior, com a ressalva de não se cogitar fazer retroativa uma incriminação nova, respeitando assim, o princípio da reserva legal.

A Carta Magna em seu art. 5, inciso XL, bem como o Código Penal, art. 2º, parágrafo único, deixam claro que no ordenamento jurídico brasileiro, rege o princípio da irretroatividade, salvo para beneficiar o réu. Dessa forma, a lei pode

⁷⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal. Parte Geral*. 7 Ed. v.1 Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 445

⁷⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da. Op. Cit.. p. 442

⁷⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 101

retroagir em duas hipóteses, definidas pela doutrina como *Abolitio criminis* e *Novatio legis in melius*.

A primeira hipótese ocorre quando “lei nova não considera como punível um ato praticado como delito pela lei anterior derogada ou revogada”. Assim, “os fatos cometidos sob o império da lei antiga se estimam como se já não estivessem apenados”.⁷⁷

A *Novatio legis in melius*, por sua vez, é a “superveniência de lei nova, que favorece o acusado, porém não retira o caráter incriminatório do agente”.⁷⁸ Dessa forma, a conduta continua a ser tipificada como crime, mas advém alguma melhoria à situação anterior. Nesse sentido, lei penal mais benéfica não se restringe apenas àquela que comine pena menor, pois como bem expõe Zaffaroni:

en principio, la retroactividad es de la ley penal e debe extenderse a toda disposición penal que desincrimine, que convierta un delito en contravención, que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir, al todo el contenido que hace recaer sobre la conducta⁷⁹

Mas, se a lei nova for mais gravosa ou tipificar como fato delituoso conduta inicialmente não prevista como tal ou, ainda, de alguma outra forma, desfavorecer o réu, será irretroativa, não tendo retroeficácia alguma. Assim, a lei anterior terá ultratividade, pois, mesmo tendo sido revogada, terá eficácia para os delitos cometidos em sua vigência que porventura sejam julgados após sua revogação.

Há ainda a possibilidade de elaboração de leis temporárias e excepcionais. Leis temporárias são as que possuem vigência predefinida pelo legislador, enquanto leis excepcionais são aquelas que vigoram durante situações de emergência. Assim reza o art. 3º do CP: “a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”. Da leitura, permite-

⁷⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal. Parte Geral*. 7 Ed. v.1 Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 448

⁷⁸ LAZARINI NETO, Pedro. *Código Penal Comentado e Leis Penais Especiais Comentadas*. 3. Ed. São Paulo: Primeira Impressão, 2009. v. 1. p. 28

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, I, Buenos Aires: Editora Ediar, 1987, págs. 463 e 464.

se concluir que tais leis possuem ultratividade, ou seja, aplicam-se a fatos cometidos sob seu império, ainda que depois de revogadas. Assim, figuram como exceção ao princípio da retroatividade benéfica.

Importa discorrer, também, acerca da combinação de leis. Há divergência doutrinária acerca da possibilidade ou não do Magistrado formar uma terceira combinação normativa com elementos da lei posterior e da lei anterior. Há sugestões, inclusive, no sentido de deixar a cargo do interessado a escolha da lei que mais lhe convém. Neste sentido, posiciona-se Nelson Hungria ao considerar que “não parece absurdo que se permita ao defensor do réu ou condenado escolher aquela que mais convier a este quando, havendo conflito, somente o interessado possa aquilatar o que mais o beneficia”.⁸⁰

Ao que parece, a maior parte da doutrina se insurge contra a possibilidade do magistrado combinar normas. Neste sentido, salienta Carlos Maximiliano: “Se existe uma parte mais branda na lei atual e outra na anterior, adota-se o mais benéfico diploma, como tal considerado em conjunto; não é lícito dividir as duas normas positivas e aplicar a fração de cada uma”.⁸¹ Ainda, nesse sentido, decidiu o STF:

De fato, é lícito ao juiz escolher, no confronto das leis, a mais favorável, e aplica-la em sua integridade, porém não lhe é permitido criar e aplicar uma terza legge diversa, de modo a favorecer o réu, pois, nessa hipótese, se transformaria em legislador.⁸²

Por fim, há quem entenda ser plenamente possível a conjugação das leis, selecionando as partes mais benéficas ao réu. Assim se posiciona Tourinho Filho:

Se a lei mais benigna retroage e tem, também, ultra-atividade, e a mais severa é irretroativa, ante a impossibilidade de ser formada uma terceira norma, forçoso é aplicar a parte benigna de ambas, dando a impressão de ter surgido uma terceira norma. É apenas a aparência. No fundo a Constituição foi respeitada.⁸³

⁸⁰ Nelson Hungria. Comentários ao código penal. 5 ed. Rio: Forense. 1978. v.1. t.1. p. 123-124

⁸¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou Teoria da Retroatividade da Lei*. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1955, p.298

⁸² BRASIL. STFRec. Crim. 1381, Pleno, Rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ94/501

⁸³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008. v.1 p. 110

2.2 Lei Processual Penal no tempo

Em se tratando de lei processual penal, vigora o princípio do *tempus regit actum*, ou seja, da aplicação imediata. Assim dispõe o Art. 2º do CPP: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Em regra, a lei processual penal é aplicada tão logo entra em vigor e, usualmente, quando é editada, pois há casos em que nem mesmo *vacatio legis* possui, por não implicar na criminalização de condutas, não regulando matéria de fato, mas regras de conhecimento, inexigindo, assim, período de conhecimento da sociedade.⁸⁴

Dessa forma, a norma processual penal não possui efeito retroativo, mas obedece ao princípio geral do efeito imediato. Assim, na ausência de disposições em contrário, não se aplica a norma jurídica a fatos passados, quer para anular os efeitos que já produziram, quer para tirar, total ou parcialmente, a eficácia de efeitos ulteriores derivados desses fatos pretéritos.⁸⁵

Em 1946, quando do surgimento da nova Constituição, esta dispôs, em seu art. 141, §27, que: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior”. Tal dispositivo gerou opiniões desconstruídas na doutrina. Alguns autores consideravam que o art. 2º do CPP havia sido revogado, pois, segundo eles, não se cogitaria mais de aplicação imediata da lei penal, mas de ultratividade, pois ninguém poderia ser processado, senão pela lei anterior. Nesse sentido, Paulo Queiroz e Antonio Vieira, em posição minoritária, defendem que a irretroatividade da lei penal mais gravosa deve ser aplicada também à norma processual, de forma a potencializar as garantias inerentes ao imputado. Assim dispõe:

Pensamos, no entanto, que a irretroatividade da “lei penal” deve também compreender, pelas mesmas razões, a lei processual penal, a despeito do que dispõe o art. 2º do Código de Processo Penal, que determina, como regra geral, a aplicação imediata da norma, vez que deve ser (re) interpretado à luz da Constituição Federal³. Portanto,

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 68

⁸⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003, v. 1, p. 46

sempre que a nova lei processual for prejudicial ao réu, porque suprime ou relativiza garantias - v.g., adota critérios menos rígidos para a decretação de prisões cautelares ou amplia os seus respectivos prazos de duração, veda a liberdade provisória mediante fiança, restringe a participação do advogado ou a utilização de algum recurso etc. -, limitar-se-á a reger os processos relativos às infrações penais consumadas após a sua entrada em vigor; afinal, também aqui – é dizer, não apenas na incriminação de condutas, mas também na forma e na organização do processo –, a lei deve cumprir sua função de garantia, de sorte que, por norma processual menos benéfica, se há de entender toda disposição normativa que importe em diminuição de garantias, e, por mais benéfica, a que implique o contrário: aumento de garantias processuais⁸⁶

Por outro lado, parte da doutrina defendeu não haver conflito no novo dispositivo da Carta Magna. Assim defende Tornaghi, citado por Tourinho Filho:

Note-se bem, o que a Constituição exige não é a aplicação da lei anterior ao delito. A norma de Direito Processual Penal tem que ver com os atos processuais, não com o ato delitivo. Nenhum ato do processo poderá ser praticado a não ser na forma da lei anterior, mas nada impede que ela seja posterior à infração penal. Não há, neste caso, retroatividade da lei processual, mas aplicação imediata.⁸⁷

Ainda, nesse sentido, bem salienta José Frederico Marques, ao considerar que:

A confusão, em que certos intérpretes incidem, provém de identificarem *forma* com *modus procedendi*, o que é errôneo. O emprego da palavra *forma* concerne aos elementos que dão contextura à lei a ser aplicada: é a forma que dá visibilidade ao preceito (*'forma dat esse rei'*) e existência à norma jurídica. 'Na forma da lei anterior' significa, portanto, *de acordo com o que dispõe a lei anteriormente feita* para casos *idênticos* ao do julgamento.⁸⁸

Tratando da retroatividade da lei mais benéfica, defende Moreira que:

Para que se manifeste um entendimento correto, urge que procuremos definir a natureza jurídica das referidas normas, ditas

⁸⁶ QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antônio. *Retroatividade da lei processual penal e garantismo*. Disponível em: < <http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo/> >. Acesso em: 18/11/2010

⁸⁷ TORNAGHI, Hélio. *Processo Penal*, v.1, p 42, Apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. Ed. São Paulo. 2008. v.1 p. 115

⁸⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003, v. 1, p. 46

despenalizadoras: seriam elas de natureza processual, penal ou híbrida (penal e processual)? Se se admitir a natureza puramente processual, não há que se falar em retroatividade; porém, se aceitarmos que são normas penais (ou híbridas), a retroatividade se impõe, pois, indiscutivelmente, sendo disposições penais mais benéficas devem excepcionar o princípio da irretroatividade da lei penal.⁸⁹

Desta feita, faz-se mister dissertar a esse respeito. Trata-se de lei penal, processual penal ou híbrida? Como supracitado, a lei penal mais benéfica retroage para beneficiar o réu. As leis processuais, por sua vez, são publicadas para vigorar de imediato, aplicando-se aos atos não praticados. Entretanto, algumas normas processuais possuem íntima relação com o direito penal, refletindo diretamente na punição do réu. Desta forma, a justiça distingue as normas processuais em normas processuais penais materiais e normais processuais penais propriamente ditas.

As normas processuais matérias são aquelas que, apesar de estarem no contexto do processo penal, tem forte conteúdo de direito penal. Tal conteúdo é extraído da sua inter-relação com as normas de direito material. Uma vez que a norma é modificada num desses campos, podem existir reflexos incontestes no outro. Assim, se um preceito legal, embora processual, abriga uma regra penal, de direito material, aplicam-se a ela os princípios que regem a lei penal, da retroatividade e da ultratividade da lei mais benígna.

Taipa de Carvalho, jurista italiano, após considerar que “está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material – que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais formais”⁹⁰, adverte que, dentro de uma visão de “hermenêutica teleológico-material, determine-se que à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroatividade da lei desfavorável e o da retroatividade da lei favorável”⁹¹. Ainda, essa posição de admitir a retroatividade da lei processual penal material benéfica é adotada por Silva Franco e pela maioria da jurisprudência.

Neste sentido, pronuncia-se Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista.

⁸⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Revista Jus Vigilantibus. Endereço eletrônico: <http://jusvi.com/artigos/1913>

⁹⁰ CARVALHO, Taipa. Sucessão de leis penais. Coimbra: Coimbra, p. 219/220

⁹¹ Idem.

Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.⁹²

Outra não é a opinião de Carlos Maximiliano:

Quanto aos institutos jurídicos de caráter misto, observam-se as regras atinentes ao critério indicado em espécie determinada. Sirva de exemplo a querelada: direito de queixa é substantivo; processo de queixa é adjetivo segundo uma e outra hipótese orienta-se a aplicação do Direito Intertemporal. O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrande casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material.⁹³

José Frederico Marques, tratando de queixa, representação e requisição, defende o tratamento dado às normas de direito penal a tais institutos, pois que, segundo ele, estão vinculados ao *jus puniendi*, não se vinculando assim às regras de direito intertemporal do direito processual. Ainda, acrescenta que a decadência do direito de queixa ou de representação extingue a punibilidade.

Por fim, há de se ressaltar a coisa julgada como limite lógico de tudo que foi exposto. Se houve trânsito em julgado, não pode se cogitar de retroatividade para seu desfazimento, pois há um processo findo, além do que, contendo a norma caráter também processual, só poderia atingir processo não encerrado, ao contrário do que ocorreria com a lei puramente penal. Assim, as medidas citadas só se aplicam aos processos ainda em curso ou na iminência de serem iniciados.

⁹² CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. O processo penal em face da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137

⁹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou Teoria da Retroatividade da Lei*. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1955, p.314

3. AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Os crimes contra a dignidade sexual, antigamente denominados crimes contra os costumes, estão inseridos no Título VI da parte especial do Código Penal. Tais crimes costumavam ser passíveis de ação penal privada, apesar de sua gravidade, sendo a ação pública nitidamente excepcional.⁹⁴

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe novo tratamento à matéria. Além de modificar diversos tipos legais, subsumindo no mesmo tipo penal as condutas que caracterizavam o atentado violento ao pudor, sob o título de estupro (art. 213, CP), também “pôs fim ao descalabro da ação penal privada para crimes de tamanha gravidade”⁹⁵.

3.1 Dos crimes contra a dignidade sexual

A própria mudança no Título VI do Código Penal traduz a nova preocupação do legislador. O foco da proteção deixou de ser o costume, ou seja, a forma como as pessoas se comportam sexualmente perante a sociedade do século XXI e passou a tutelar-se diretamente a dignidade sexual. A expressão anterior já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos.⁹⁶

Na teoria Kantiana, nos reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Assim, “quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”.⁹⁷

Dignidade sexual é um desdobramento lógico do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, basilar do estado democrático de direito. Ingo Sarlet conceitua dignidade como sendo

⁹⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 4 ed. Podium, 2010, p. 171

⁹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 178

⁹⁶ GRECO, Rogério. Crimes contra a dignidade sexual. Disponível em: <http://eduardo-viana.com/?p=662>. Acessado em: 22/04/2011.

⁹⁷ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁹⁸

3.2 Ação Penal antes da Lei nº 12.015/2009

Antes da alteração, o artigo 225, responsável por definir a ação penal cabível nos até então crimes contra os costumes, possuía a seguinte redação:

Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.
 §1º Procede-se, entretanto, mediante ação pública:
 I-se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;
 II-se o crime é cometido com abuso de pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.
 §2º No caso do n. I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

Conforme já mencionado, a queixa é ato processual que dá início a ação penal privada. Assim, a regra geral era que se aplicasse essa modalidade de ação penal, sob o argumento de proteção à intimidade da vítima, visto que as infrações ali elencadas afetam sobremaneira sua vida privada.⁹⁹

Entretanto, o próprio legislador trouxe três hipóteses em que a ação penal se daria de forma diversa. Caso a vítima ou seus pais não tivessem condições financeiras de prover as despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à sua manutenção ou de sua família, a ação penal seria pública condicionada à representação, nos termos do art. 225, § 1º, c/c, § 2º, CP.

Com base na própria previsão do Art. 225 do CP, que delimitava ação privada para crimes previstos nos capítulos anteriores, a doutrina entendia que

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001 pag. 60

⁹⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Ob. Cit., p. 171

os crimes contra os costumes qualificados pelo resultado, essencialmente o estupro e o atentado violento ao pudor, presentes no Art. 223 do CP, por estarem previstos no mesmo capítulo que o art. 225, deveria seguir a regra geral do Código Penal, qual seja, ser de ação penal pública incondicionada.¹⁰⁰

Ainda, caso ocorresse abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador da vítima, a ação penal também seria pública incondicionada, conforme entendia o Artigo 225, § 1º, II.

Cabe ressaltar que, quanto ao estupro, o STF preocupou-se em editar súmula específica, abordando a ação penal cabível, quando este ocorresse com violência real. Tal súmula decorre da interpretação dada ao art. 101 do CP que trata da ação penal no crime complexo.¹⁰¹ Este preceito sumular, aliás, não sofreu qualquer alteração com o surgimento do art. 88 da Lei nº. 9.099/95¹⁰², segundo entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰³ e pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁴.

Desta feita, com exceção destas quatro hipóteses, o exercício da ação penal dependeria sempre do oferecimento da queixa.

3.3 Ação Penal após a lei nº 12.015/2009

A lei nº 12.015 trouxe a seguinte redação para o artigo 225 do código Penal:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

¹⁰⁰ RODRIGUES, Cristiano. Temas controvertidos de direito penal. 1. Ed. Método. 2010, p. 233

¹⁰¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6 ed. Forense. p. 150

¹⁰² MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal nos crimes contra liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável - A lei 12.015/2009*. Revista Jurídica, Porto Alegre – RS, Nº 383, p. 1 31-140, setembro. 2009.

¹⁰³ BRASIL. HC 73.994-6 e HC 74.734-5

¹⁰⁴ BRASIL. RESP 171426/MG; HC 7910/PB

Desta forma, nos crimes definidos nos arts. 213 a 218-B a ação penal passou a ser, via de regra, pública condicionada à representação, exceto quando a vítima é menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável, hipóteses em que a ação penal será pública incondicionada. Não há mais de se falar, portanto, em ação penal de iniciativa privada em tais crimes, salvo se subsidiária da pública, conforme ensina o art. 29 do Código de Processo Penal c/c art. 5º. LIX, da Constituição Federal.¹⁰⁵

O art. 217, § 1º, define pessoa vulnerável como sendo aquela que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Além disso, é vulnerável a vítima menor de 14 (catorze) anos, mas este conceito não influencia para os fins do parágrafo único do art. 225 do CP, pois este é mais amplo, referindo-se à vítima menor de 18 (dezoito) anos, para que se legitime o uso da ação penal pública incondicionada.¹⁰⁶

Ademais, foram revogados os artigos 223 e 224 do CP. O primeiro dispunha que a ação penal era pública incondicionada quando a conduta do agente resultava lesão corporal de natureza grave ou morte do ofendido. O segundo dispositivo, por sua vez, previa a chamada *presunção de violência* para fins de caracterizar os crimes sexuais. Tal presunção foi substituída pela pessoa vulnerável, como tratado no parágrafo anterior. Dessa forma, “o crime praticado contra vulnerável não depende mais da existência de violência ou grave ameaça, bastando estar a vítima em uma das condições previstas no art. 217, caput, e § 1º, do CP”.¹⁰⁷

3.3.1 Ação penal nos crimes contra vulnerável.

Como suscitado por Leonardo Barreto Moreira Alves,

¹⁰⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal nos crimes contra liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável - A lei 12.015/2009*. Revista Jurídica, Porto Alegre – RS, N° 383, p. 1 31 setembro. 2009.

¹⁰⁶ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6 ed. Forense. p. 150

¹⁰⁷ Idem. Ibidem. p.150

Quanto à ação penal dos crimes praticados contra vulnerável, a Lei nº 12.015/09 apresenta uma aparente contradição, senão vejamos. O *caput* do artigo 225 do Código Penal atualmente apregoa que os crimes definidos nos capítulos I e II do Título VI são de ação penal pública condicionada à representação. Lembre-se que, como visto no item anterior, os crimes praticados contra vulnerável estão previstos justamente no capítulo II. Portanto, a princípio, eles também seriam de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. De outro lado, porém, o parágrafo único do artigo 225, com sua nova redação, determina que os crimes praticados contra vulnerável são de ação penal pública incondicionada. Nesse aparente conflito, afinal de contas, qual regra deve prevalecer?¹⁰⁸

Para solucionar a questão acima exposta, o autor utiliza-se de uma interpretação sistemática e atenta ao espírito do legislador que, neste caso, defende ser de punir com maior rigor as condutas mais graves, entendendo que apenas os crimes previstos no capítulo I do Título VI (crimes contra a liberdade sexual) é que serão de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Assim, para os crimes tipificados no capítulo II (crimes contra vulnerável), a ação penal deveria ser pública incondicionada.¹⁰⁹

Neste sentido, leciona Paulo Rangel:

Pensamos que o que se quis dizer (aqui o terreno é movediço: adivinhar o que o legislador quis dizer) no *caput* do art. 225, é que nos crimes definidos no capítulo I (apenas o capítulo I) a ação penal será pública condicionada à representação, e no parágrafo único do mesmo artigo, será pública incondicionada quando a vítima for pessoa menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.¹¹⁰

3.3.2 Ação penal no estupro praticado mediante violência real. A questão da súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

A nova determinação legal da Lei nº 12.015/09 gerou uma grande controvérsia em nossa doutrina acerca da aplicabilidade, ou não, da Súmula 608 do

¹⁰⁸ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

¹⁰⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

¹¹⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 301

STF. Esta define que “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.”¹¹¹

Quanto a essa questão, há dois posicionamentos. O primeiro, afirma que a súmula, por ter como objeto uma forma específica do crime de estupro, deve permanecer sendo aplicada, para que então a ação seja pública incondicionada nas hipóteses de violência real; com esse entendimento, apenas nos estupros praticados mediante grave ameaça a ação penal dependerá de representação.¹¹²

Por outro lado, em face da nova previsão legal, que é posterior ao entendimento sumulado, há posicionamento afirmando que a Súmula ora tratada não pode mais ser aplicada, já que o legislador determinou expressamente que a ação penal nos crimes sexuais deve, por regra, ser pública condicionada à representação.¹¹³

Primeiramente, faz-se mister discutir acerca do que vem a ser violência real. O mestre Nelson Hungria conceitua violência como “o meio físico aplicado sobre a pessoa da vítima, para cercear sua liberdade externa ou sua faculdade de agir (ou não agir) segundo a própria vontade,”¹¹⁴ podendo se exercer pelo emprego da força física (violência real) ou pela ameaça grave (violência moral). São as chamadas forças materiais.

Assim, violência real é a agressão física, englobando a conduta que leva à morte, às lesões corporais e até mesmo às vias de fato.¹¹⁵ O emprego de violência real no estupro não deixa dúvidas, visto que o ofensor, para atingir o mal, acaba agredindo fisicamente a vítima, causando-lhe a morte, lesões graves, leves ou, ainda, as vias de fato.¹¹⁶

3.3.2.1 Estupro como crime complexo

¹¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 608. Decisão: 17.10.84. DJ de 29.10.84, p. 8113

¹¹² RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de direito penal*. 1. Ed. Método. 2010, p. 233,

¹¹³ Idem. Ibidem. p. 233

¹¹⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 1947. Vol. VIII, p. 120.

¹¹⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Ob. Cit., p. 172

¹¹⁶ DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo:Renovar, 2000, p. 177.

A Súmula 608 deriva-se de entendimento jurisprudencial reiterado a considerar pública incondicionada a ação penal no crime de estupro simples, por entender tratar-se de crime complexo.

Muitas são as doutrinárias nesse sentido. Flávio Monteiro de Barros conceitua crime complexo como o formado pela fusão de fatos que, por si mesmos, constituem crimes.¹¹⁷ Desta forma, infere-se que não há que se cogitar crime complexo se a infração penal é composta por um crime e circunstâncias que, isoladamente, não constituem crimes,¹¹⁸ conforme os termos do art. 101 do Código Penal: “Quando a lei considera como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”.

Em entendimento semelhante ao do Supremo Tribunal Federal, Jorge Alberto Romeiro, citado por Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly em sua obra, sustenta que basta:

Para a configuração do crime complexo que, isoladamente, um só dos fatos integrantes de uma figura legal de crime constituía, só ele, um crime singular, como, na hipótese do estupro (art.213), o fato do constrangimento ilegal da mulher (crime previsto no art. 146), para o fim natural, lícito, da conjunção carnal. Ou, por outras palavras, parafraseando Battaglini, surgiria o crime complexo, para essa segunda corrente, quando *quid pluris*, que não constitui crime *per se*, se ajunte a um fato que, singularmente, configura um crime, formando uma nova figura legal de crime”.¹¹⁹

Ainda, neste sentido, leciona Eugênio Pacelli que:

O aludido art. 101 do CP não faz qualquer exigência quanto à existência de dois ou mais tipos penais em um mesmo crime, mas apenas que a elementar ou circunstância do tipo complexo, por si só, constitua também delito, e que este delito seja de persecução pública. Assim, a lesão corporal grave e/ou a morte resultante da violência, elementar do tipo de estupro (art. 213, CP), constituem, por si só, infração penal, para a qual é cabível a ação penal pública incondicionada (art. 121 e art 129, CP)¹²⁰

¹¹⁷ BARROS, Flávio Monteiro de. *Direito penal: parte geral*, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.528.

¹¹⁸ Idem. Ibidem. p. 529.

¹¹⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6 ed. Forense. p. 150

¹²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 178

Boa parte da doutrina discrepa da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal para os crimes contra os costumes – agora contra a dignidade sexual -, entendendo que o estupro não é crime complexo. Neste sentido, posicionam-se Magalhães Noronha¹²¹ e José Frederico Marques. Este considera que “a figura típica descrita no art. 129 caput fica absorvida no crime de estupro, que é delito de ação penal privada, por expressa disposição de lei”.¹²²

Em consonância com a tese acima, ressalta Marcos Brant Gambier Costa: “A violência ou a grave ameaça são meios de se atingir o fim colimado pelo autor do crime sexual,”¹²³ admitindo o estupro como a fusão do crime de constrangimento ilegal (art. 146, CP) com uma circunstância que, isoladamente, não constitui crime, qual seja, a conjunção carnal,¹²⁴ procedendo-se, portanto, mediante ação penal privada conforme art. 225, CP.

O Supremo Tribunal Federal, refutando as críticas da doutrina, vinha mantendo seu entendimento, assentado na Súmula 608, nos seus julgados

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA REAL: AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA (SÚMULA 608). RETRATAÇÃO DA REPRESENTANTE LEGAL DA VÍTIMA: INEFICÁCIA. 1. O emprego de violência real para a consumação do delito de estupro, resultando em lesões corporais na vítima, configura crime complexo que atrai para si a aplicação do disposto no art. 101 do Código Penal e afasta a incidência do art. 225 do mesmo Código, porquanto as lesões corporais admitem ação penal pública incondicionada. 2. É irrelevante a discussão acerca da validade ou não da retratação da representante legal da vítima diante de crime de estupro com violência real, cuja iniciativa para promover a ação penal cabe ao Ministério Público. 3. *Habeas Corpus* indeferido.¹²⁵

¹²¹ NORONHA, Magalhaes. 1988, Vol III, p 230 *apud* DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Ob. Cit.* p. 150

¹²² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003, v. I p. 9

¹²³ COSTA, Marcos Brant Gambier. *Ação penal nos crimes contra os costumes: inaplicabilidade da Súmula 608 do STF*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1058>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

¹²⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp 157-158.

¹²⁵ BRASIL. HC 73411 / MG - MINAS GERAIS. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 13/02/1996 Órgão Julgador: Segunda Turma

Há de se ressaltar que, mesmo com o advento da Lei nº 9.099/95, que condicionou o crime de lesão corporal leve à representação da vítima (art. 88), não houve interferência na aplicação da Súmula 608. Segundo entende o Excelso Pretório, a Lei nº 9.099/95 ocupou-se de alterar somente figuras de menor potencial ofensivo, não alcançando assim o crime de estupro.¹²⁶

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. LEI 9.099/95. REVISÃO DA SÚMULA STF 608. AÇÃO PENAL. NATUREZA. REPRESENTAÇÃO. RETRATAÇÃO TÁCITA. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO ESPECÍFICA PARA O DELITO DE ESTUPRO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA. DESCARACTERIZAÇÃO DOS DELITOS DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROGRESSÃO DE REGIME. 1. O advento da Lei 9.099/95 não alterou a Súmula STF 608 que continua em vigor. O estupro com violência real é processado em ação pública incondicionada. Não importa se a violência é de natureza leve ou grave. 2. O Ministério Público ofereceu a denúncia após a representação da vítima. Não há que se falar em retratação tácita da representação. 3. Nem é necessária representação específica para o delito de estupro, quando se trata de delito de estupro com violência real. 4. No caso, inexistente decadência do direito de queixa por não se tratar de ação penal privada. 5. A jurisprudência do Tribunal pacificou-se no entendimento de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor caracterizam-se como hediondos. Precedentes. Inviável a progressão do regime. HABEAS conhecido e indeferido.¹²⁷

3.3.2.2 Validade da Súmula pós Lei nº 12.015/2009

Conforme dito anteriormente, a doutrina não é uníssona acerca da continuidade ou não da vigência da Súmula 608. Na visão de Cristiano Rodrigues,

não podemos admitir que a Súmula 608 do STF permaneça em vigor após a edição da Lei 12.015/09, pois o legislador, conhecedor do entendimento do Supremo Tribunal Federal, optou por determinar que as ações para crimes sexuais, inclusive do estupro com violência real, fossem públicas condicionadas à representação, dando um novo regramento a estes crimes, optando por excepcionar apenas as hipóteses de vítimas menores de 18 anos ou vulneráveis.¹²⁸

¹²⁶ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6 ed. Forense p. 152

¹²⁷ BRASIL. HC 82206 / SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. NELSON JOBIM. Julgamento: 08/10/2002. Órgão Julgador: Segunda Turma

¹²⁸ RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de direito penal*. 1. Ed. Método. 2010, p. 233

E ele continua seu argumento, defendendo que

caso mantivéssemos a aplicação da súmula, além de ir contra a nova vontade expressa do legislador, geráramos uma estranha situação em que a regra geral determinada pela lei (ação pública condicionada) acabaria sendo exceção, e a exceção (ação pública incondicionada), prevista em lei apenas para vítimas menores de 18 anos e vulneráveis, acabaria sendo a regra para as ações penais nos crimes sexuais, algo absolutamente inadmissível e sem qualquer razoabilidade.¹²⁹

No mesmo sentido, posiciona-se Guilherme Nucci, ao considerar que

Elimina-se a Súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Lembremos ser tal Súmula fruto de Política Criminal, com o objetivo de proteger a mulher estuprada, com receio de alertar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceito e ser vítima de gracejos inadequados. Chegou-se, inclusive, a criar a Delegacia da Mulher, para receber tais tipos de ocorrência. Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei 12.015/2009. Unificaram-se o estupro e o atentado violento ao pudor e conferiu-se legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, desde que a vítima concorde em representar. Mais que justo no cenário presente.¹³⁰

Em contrapartida, parte da doutrina entende que a Súmula 608 não perdeu eficácia. Segundo defendem Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, “o advento da Lei nº 12.015/09 não revogou a Súmula n 608 do STF. Sempre que houver violência real, a ação será pública incondicionada”¹³¹, pois “a alteração da regra do art. 225 do CP não afeta as conclusões feitas pelo STF, uma vez que não houve modificação da ação penal dos delitos complexos relacionados com a violência”.¹³²

Em consonância com o entendimento supra, defende Eugênio Pacelli que:

tanto o estupro quanto o antigo atentado violento ao pudor, hoje reunidos no art. 213, CP, deveriam ser de ação penal pública,

¹²⁹ RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de direito penal*. 1. Ed. Método. 2010, p. 233

¹³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009. pp 62-63

¹³¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6 ed. Forense. p. 152

¹³² Idem. Ibidem. p. 152

condicionada (quando a violência fosse moral) ou incondicionada (quando a violência fosse real – Súmula nº 608 – STF). E isso, pelo menos desde o ano de 1984, época da Reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209/84 com o acolhimento do chamado crime complexo no art. 101, CP).¹³³

3.3.3 Ação Penal nos crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte. A questão da ADI 4301.

Em setembro de 2009, o Procurador-Geral da República impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade, que recebeu o número 4301, buscando que o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional o art. 225 do Código Penal, com redação dada pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, a fim de "excluir do seu âmbito de incidência os crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, de modo a restaurar, em relação a tais modalidades delituosas, a regra geral da ação pública incondicionada"¹³⁴

De acordo com a inovação trazida pela nova lei, a ação penal nos crimes de estupro de que resulte morte ou lesão grave, passou a ser condicionada a representação, o que, de acordo com a opinião externada na petição inicial, poderia gerar efeito retroativo, abrangendo fatos anteriores à lei, em benefício dos réus, violando – além da dignidade do ofendido pela ação delituosa – o princípio constitucional da proporcionalidade, em sua modalidade de vedação da proteção deficiente ao bem jurídico.¹³⁵

Conforme mencionado anteriormente, antes da vigência da Lei 12.015/09, quando, no crime de estupro, na forma do art. 223, do CP, resultasse lesão corporal grave ou a morte da vítima, a ação penal era pública incondicionada, por força do já citado art. 225, do Código Penal. Entretanto, após a citada lei, a ação

¹³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 184

¹³⁴ BRASIL. ADI 4301, p. 10. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3758530>. Acesso em: 22/04/2010.

¹³⁵ COSTA, André de Abreu. *A ADI 4301 e a retroatividade da lei penal mais benéfica. Sobre a ação penal no crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave, após a edição da Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2844, 15 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18909>>. Acesso em: 23 abr. 2011.

penal passou a ser pública condicionada a representação, caso se entenda ter a Súmula 608 perdido sua vigência.

Na ADI 4301, vê-se que:

13. Referida condição de procedibilidade da ação penal em casos tais – de altíssimo nível de gravidade, de elevado grau de reprovabilidade, e que só beneficia o sujeito ativo do crime –, constitui franca transgressão ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e ao princípio da proibição da proteção deficiente, importante vertente do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF)¹³⁶

Desse modo, enquanto que, para a forma básica de estupro o atual artigo 225 importou em *novatio legis in pejus*, para as formas qualificadas pelos resultados lesão corporal de natureza grave e morte, o novo regime legal importou em *novatio legis in melius*.

Acerca desse tema, faz-se importante a doutrina de Damásio Evangelista de Jesus:

É possível que a lei posterior transforme um crime de ação pública em crime de ação privada; que converta um crime de ação penal pública incondicionada em crime de ação penal pública condicionada à requisição ministerial ou representação. Nestes casos, são necessárias distinções:

a) se a ação penal ainda não se iniciou, quando da entrada em vigor da lei nova, não pode ser intentada sem as referidas condições de procedibilidade;

b) se a ação penal já foi intentada pelo órgão do Ministério Público, através de denúncia, e a lei nova exigir a queixa, só pode prosseguir se o ofendido, ou seu representante legal, assumir a posição acusatória;

c) se a ação penal já foi iniciada pelo órgão do Ministério Público, através da denúncia, e a lei nova exigir a representação, o processo só pode prosseguir em face da anuência do ofendido, que deverá ser notificado a fim de manifestar-se, sob pena de ocorrer decadência.¹³⁷

Assim, ao modificar o tipo de ação penal, teria o legislador agido de forma desproporcional, deixando a descoberto bens jurídicos normalmente tratados

¹³⁶ BRASIL. ADI 4301, p. 6. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3758530>. Acesso em: 22/04/2010.

¹³⁷ Damásio E. *Direito Penal. Parte Geral*. 1º Vol. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 87.

como de elevada importância. Por conseguinte, “agindo como agiu, ficam a vida, a integridade física e a liberdade sexual mal protegidas pelo Direito Penal”.¹³⁸

Os autos da referida ADI encontram-se conclusos ao relator desde 24 de novembro de 2009. Importa salientar que o STF não concedeu liminar na ADI 4301, o que confirma, ainda, a vigência do artigo 225 com a redação dada pela lei nº. 12.015/09, cabendo, diffusamente, a cada magistrado exercer tal controle, até final decisão e modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.¹³⁹

3.3.4 Aplicação retroativa do artigo 225 aos processos ainda em trâmite, pendentes de sentença transitada em julgado.

Quanto à aplicação de uma lei processual penal no tempo, há de ser considerado, como regra geral, o princípio da imediatidade (*tempus regit actum*) estampado no artigo 2º do CPP, segundo o qual "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".¹⁴⁰

Porém, esse princípio só é aplicável às leis processuais penais puras. Como já demonstrado em linhas anteriores, existem leis processuais penais que, apesar de processuais, possuem conteúdo relacionado diretamente ao Direito Penal. Tais leis são denominadas leis penais mistas ou híbridas.

Sobre o tema, Celso Delmanto esclarece o seguinte:

Ao contrário do que ocorre no Direito Penal, o CPP, em seu artigo 2º, estatui que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob vigência da lei anterior”. Essa regra, traduzida na máxima *tempus regit actum*, comporta exceção. Isto porque, em casos especiais, há que se admitir a ultratividade de normas processuais penais revogadas ou derogadas, desde que a nova lei imponha maiores restrições às liberdades públicas do acusado durante o processo, bem como à sua defesa. Como já pudemos escrever (ROBERTO DELMANTO

¹³⁸ COSTA, André de Abreu. Ob. Cit.

¹³⁹ SANTOS, Neuton Jardim dos; SILVA, Diêgo Luiz Castro. *Leis nº 12.015/09 e 12.033/09 e reflexos na titularidade da ação penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2324, 11 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13840>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

¹⁴⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 21 abr. 2011

JÚNIOR, As modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração, 2ª ed., Renovar, 2001, PP. 68 e ss.), a doutrina, de forma praticamente unânime, entende que as normas processuais penais, indistintamente, são aplicáveis de imediato. Analisando o art. 2º do CPP, ROGÉRIO LAURIA TUCCI (Persecução Penal, Prisão e Liberdade, Saraiva, 1980, PP. 10-11) sustenta: “Por competir ao Estado disciplinar, como melhor entender, a administração da justiça, é de se presumir seja a nova lei mais perfeita que a precedente, quer para a proteção do interesse coletivo, quer também, no Estado de 57 Direito, para tutela dos direitos individuais dos membros da comunhão social: como enfatiza, a respeito EDGAR MAGALHÃES NORONHA (Curso de Direito Processual Penal, 10ª ed., São Paulo, 1978, p. 12, n. 5, cit. ob. TUCCI), ‘o fundamento da aplicação da imediata da lei processual é que se presume seja ela mais perfeita do que a anterior, por atentar mais aos interesses da Justiça, salvaguardar melhor o direito das partes, garantir defesa mais ampla ao réu etc’”. É de se registrar, porém, que esse tradicional posicionamento tem sido questionado, mesmo porque a lei nova não é, sempre, mais garantista para as liberdades individuais do que a lei antiga. Ademais, não é pelo simples fato de uma norma estar inserida em um Código de Processo que ela passa a ostentar a qualidade de norma de cunho estritamente processual. Isto porque inúmeras são as regras constantes de nossa lei processual penal que, no fundo, são normas de direito penal, bastando para tal verificação, nos reportarmos às regras atinentes à prescrição e decadência, que encontram disciplina tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal. Aqui, diante da prevalência do conteúdo material dessas normas, não há qualquer obstáculo à incidência da garantia de que a lei penal não deve retroagir, salvo para beneficiar o acusado, insculpida no artigo 5º, XL, CR.

Ainda, citando Georges Levasseur, na obra de Américo de Carvalho, o referido autor elucida que:

“O princípio da proibição da retroatividade da lei penal – que servindo de garantia política contra a arbitrariedade legislativa, judicial ou penitenciária na função punitiva, tutela, portanto, a liberdade e os direitos fundamentais do cidadão – aplicasse a todo direito repressivo. E, segundo Levasseur, ‘o direito repressivo, em cada um dos seus aspectos, limita e ameaça a liberdade dos cidadãos, pelo que as regras que ele estabelece são impostas sob a mais estrita necessidade. É assim para as leis do processo e da condução do processo pena, para as leis e regulamentos sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança’. Nesta linha, afirma: ‘A regra da não retroatividade das leis repressivas, ligada como está ao princípio da legalidade da repressão, deve ter logicamente o alcance deste princípio, isto é, aplicar-se a todas as leis repressivas, a todas as regras concernentes à tarefa dos poderes públicos na luta contra a delinquência, desde a

investigação das infrações até o termo da execução da sanção pronunciada.¹⁴¹

Com relação à lei nº 12.015/09, no tocante à ação penal, Guilherme Nucci explica que “cuida-se de norma processual penal material, ou seja, a sua aplicação provoca efeitos penais. Submete-se, pois, ao princípio geral da retroatividade benéfica.”¹⁴²

Acerca desse tema, bem explica Leonardo Barreiro Moreira Alves:

não há dúvidas de que a Lei nº 12.015/09, no que tange à ação penal dos crimes contra a dignidade sexual, tem natureza híbrida ou mista. De um lado, ao tratar de ação penal, ela apresenta um caráter formalmente processual penal. No entanto, ao determinar que a ação penal nesses crimes deixa de ser privada para se tornar sempre pública (condicionada à representação do ofendido ou incondicionada), é claro que tal lei atinge diretamente institutos tipicamente de direito material, a saber, a decadência, a renúncia, o perdão e a perempção, todos causas de extinção da punibilidade do agente delitivo (artigo 107, incisos IV e V, do Código Penal), relacionados, portanto, ao direito de liberdade deste último.¹⁴³

Constitui garantia constitucional a aplicação da lei penal favorável de forma retroativa, nos termos do ar. 5º, XL, da Carta Magna, *in verbis*: XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Sendo sabido tratar-se de lei processual penal material, resta saber se existe algum caso em que a inovação trazida é mais benéfica ao réu.

Há de se considerar que, das ações penais possíveis, a mais favorável ao réu é, sem dúvida, a ação penal privada, eis que permite a aplicação dos institutos da decadência, renúncia, perdão e perempção, institutos estes que promovem a extinção da punibilidade do mesmo. Não há esse resultado na ação penal pública incondicionada. Na ação penal pública condicionada à representação do ofendido, por sua vez, só é possível se operar a decadência.

¹⁴¹ DELMANTO. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo:Renovar, 2000,p. 86-87

¹⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009. p. 68

¹⁴³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 21 abr. 2011

Desta feita, nos casos em que se operava a ação penal privada, não há de se falar em retroatividade da lei, porquanto não há situação mais benéfica possível.

Como segunda hipótese, há de se refletir acerca daqueles processos em que operava a ação penal pública condicionada a representação, que é o caso do antigo artigo 225, §1º, inciso I, do Código Penal, as vítimas hipossuficientes. Ora, a lei nova não traz, em hipótese alguma, a figura da ação penal privada que seria, em tese, a ação penal mais benéfica, salvo a ação penal pública condicionada a representação, assim, em nada se altera no mundo fático, eis que não se trata, também, de situação que traga melhoria ao réu.

Entretanto, conforme exposto em tópicos anteriores, há casos em que antes da nova lei ocorria a ação penal pública incondicionada como exceção à regra geral. Eram eles: o estupro e o atentado violento ao pudor agravados pelo resultado lesão grave ou morte, conforme o antigo Art. 223 do CP; os casos de abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador da vítima; e ainda, o entendimento da Súmula 608 que definia de ação penal pública incondicionada o crime de estupro mediante violência real.

A nova disciplina legal tornou regra geral a ação penal pública condicionada à representação da vítima. Assim, a única exceção, tornando a ação penal pública em incondicionada, concentra-se na vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.¹⁴⁴

Nesta hipótese, como bem explica Leonardo Alves, “há melhoria na situação do agente delitivo, pois ele poderá agora ser beneficiado pelo instituto da decadência, que provoca a extinção da punibilidade.”¹⁴⁵ Assim, “entende-se que a Lei nº 12.015/09 deverá retroagir.”¹⁴⁶

¹⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009. p. 62

¹⁴⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 21 abr. 2011

¹⁴⁶ Idem. Ibidem.

Mutatis mutandis, enfrentando questão de crível semelhança, decidiu o STF:

O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. **Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal.** Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei.¹⁴⁷

Pelo exposto, tem-se claro que a situação é mais benéfica para o acusado, eis que o início da *persecutio criminis in judicio* tornou-se mais difícil para o Ministério Público, passando a depender de uma condição específica de procedibilidade, não mais podendo agir de ofício (princípio da oficiosidade).¹⁴⁸

Há de se ressaltar, conforme dito no capítulo anterior, apenas, a coisa julgada como limite a tudo quanto foi dito, pois se já houve o trânsito em julgado, não se pode cogitar de retroatividade, além do que, contendo a norma caráter também processual, só poderia atingir processo não encerrado, ao contrário do que ocorreria caso se tratasse de lei puramente penal que, por exemplo, diminuísse a pena ou deixasse de considerar determinado fato como criminoso, hipóteses em que seria atingido, inclusive, o trânsito em julgado, por força do art. 2º., parágrafo único do Código Penal.¹⁴⁹

Sabendo-se mais benéfica a nova norma para tais casos, resta saber como deve ser operar a retroatividade. Segundo Nucci, “a aplicação retroativa da Lei 12.015/09 deve operar-se imediatamente, abrangendo inquéritos, processos em andamento e processos em fase de execução”.¹⁵⁰

Ainda, explica que:

¹⁴⁷ BRASIL. STF – ADI 1.719-9 – rel. Joaquim Barbosa – j. 18.06.2007 – DJU 28.08.2007, p. 01.

¹⁴⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ob. Cit. p. 135

¹⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; e outros. *Especiais Criminais*, Ed. Revista dos Tribunais, p. 49 *apud* MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ob. Cit.. 136

¹⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009. p. 65

o primeiro efeito é a suspensão do andamento das ações penais conduzidas pelo Ministério Público, por consequência da Súmula 608 do STF, que hoje não mais pode subsistir. A ação era de natureza privada, segundo o art. 225. O STF interpretou ser de natureza pública incondicionada, nos casos de estupro com violência real, fundado em política criminal. O advento da Lei 12.015/09, aplicando-se o princípio da legalidade, afirma, categoricamente, ser a ação pública condicionada à representação. Logo, deve o magistrado, nesses casos, determinar a intimação da vítima, a fim de colher, de imediato (não há novo prazo de seis meses para tanto) a sua manifestação. Se pretender a continuidade da ação penal, conduzida pelo MP, deve formalizar a representação – ou simplesmente demonstrar assentimento, que pode, inclusive, ser obtido tacitamente. Se não quiser o prosseguimento da ação penal, basta negar e o juiz deverá julgar extinta a punibilidade. Retira-se a legitimidade do Ministério Público para prosseguir na demanda, pois a vítima não foi consultada e a nova lei determina que assim seja feito. A retroatividade é imperiosa, pois o art. 225 tem sérias implicações de ordem material.¹⁵¹

Por fim, com relação ao prazo para a apresentação da representação, entende Rômulo de Andrade Moreira que a nova lei deveria ter estabelecido um prazo para tais hipóteses, em disposição de caráter transitório. Mas, já que não o fez, há lacuna a ser preenchida e, para tanto, poder-se-ia utilizar por analogia o art. 88 da Lei nº 9.099/95, que exige a realização da representação no prazo máximo de trinta dias, sob pena de decadência.¹⁵²

¹⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 69

¹⁵² MOREIRA, Rômulo de Andrade. MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal nos crimes contra liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável - A lei 12.015/2009*. Revista Jurídica, Porto Alegre – RS, N° 383, p. 139 setembro. 2009.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, tem-se clara a vontade do legislador em tratar de forma mais severa os agentes dos crimes contra a dignidade sexual, puxando para o Estado a responsabilidade por conduzir a ação penal.

Entretanto, verifica-se que não há uniformidade, nem entre a própria doutrina, nem, tampouco, entre a doutrina e a jurisprudência, acerca do tratamento que deve ser dado à ação penal nos crimes sexuais.

Trata-se de assunto novo, que ainda não pode ser amplamente debatido, mas percebe-se que existem argumentos teóricos para vários sentidos, ocasionalmente opostos, mas, em sua maioria, amparados por decisões anteriores do próprio Supremo Tribunal Federal ou por obras de doutrinadores de grande respeito no meio jurídico.

Com relação à Súmula 608, sem dúvida, dentre os assuntos tratados, o de maior divergência doutrinária, o terreno é movediço. Nem antes da edição da Lei nº 12.015/2009 havia harmonia entre os entendimentos do Supremo e de grande parte da doutrina, eis que esta não aceitava o tratamento de crime complexo dado ao crime de estupro.

Ainda, mesmo com a anterior vigência da Súmula 608, o legislador escolheu por tratar como ação penal pública condicionada os crimes com violência real, mostrando, claramente, que não concorda com o posicionamento adotado pelo Supremo.

Em verdade, grande parte da discussão não é de cunho processual, mas de repartição de poderes. Afinal, quem tem legitimidade pra estipular a ação penal cabível aos crimes contra a dignidade sexual? O legislativo? E se o judiciário entender de forma diferente, como neste caso, terá a súmula validade, ainda que exista lei superveniente versando de forma diversa? Essa nova fase de ativismo judicial no cenário nacional vem criando questões como as que são aqui tratadas, em que a vontade do intérprete discrepa claramente da vontade do legislador. As posições adotadas da doutrina defendem, ora a vontade do legislador, em tratar como ação penal pública condicionada, ora a vontade do intérprete, ao considerar ainda em vigência a Súmula 608, mesmo com a adição da Lei nº 12.015/2009 tratando de maneira diversa.

Data vênia, em que pese a respeitável opinião da doutrina nacional, não podemos admitir que a súmula 608 do STF permaneça em vigor após a edição da Lei nº 12.015/2009, pois o legislador, mesmo diante do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, optou pela ação penal pública condicionada à representação para os crimes contra a dignidade sexual, inclusive o de estupro com

violência real, dando novo regramento, excepcionando somente as vítimas menores de dezoito anos e as pessoas vulneráveis.

Ora, caso se mantenha a aplicação do referido entendimento sumulado, estar-se-á indo contra a vontade do legislador e, além disso, a exceção, que é a ação penal pública incondicionada, tornar-se-á regra geral, eis que a ação condicionada à representação seria aplicada somente aos casos que não houvesse violência. Nisto, há de se dizer, não há qualquer razoabilidade.

Oxalá os problemas acabassem aqui. Considerando a aplicação da lei *in bonam partem* em alguns casos, conforme demonstrado acima, a aplicação retroativa seria imperiosa. Entretanto, com a alta quantidade de processos no judiciário e a pouca comunicação entre tribunais de alguns estados com outros mais céleres, dificilmente operou-se a retroatividade no prazo estipulado pela doutrina, seja de três ou seis meses. Caso não tenha sido feita a representação naqueles casos que dela passou-se a depender, o que haverá de ser feito com o processo?

Em suma, muitas são as questões de conflito de ação penal que a nova legislação trouxe à tona em nosso ordenamento jurídico. Foram mostrados os diversos pontos adotados pela doutrina. Só o amadurecimento da lei, com o decurso do tempo, mostrará qual a interpretação mais adequada.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de Direito Penal*. 6. Ed. São Paulo. 2010.

BARROS, Flávio Monteiro de. *Direito penal: parte geral*, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.528.

BRASIL. Código de Processo Penal. São Paulo: Ed. SARAIVA, 2009.

BRASIL. Código Penal. São Paulo: Ed. SARAIVA, 2007.

BRASIL. Lei 12.015, de 8 de agosto 2009. Brasília, 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L12015.htm>. Acesso em: 20 de Set. 20

CARVALHO, Taipa. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Coimbra.

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *O processo penal em face da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal. Parte Geral*. 7 Ed. v.1 Rio de Janeiro: Forense. 2005

COSTA, Marcos Brant Gambier. *Ação penal nos crimes contra os costumes: inaplicabilidade da Súmula 608 do STF*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1058>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal* . 6 ed. Forense

GRECO, Rogério. *Crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <http://eduardo-viana.com/?p=662..>

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 5 ed. Rio: Forense. 1978. v,1. t.1

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. Ed. Rio de Janeiro. 2003

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal:parte especial*. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp 157-158.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004,.

LAZARINI NETO, Pedro. *Código Penal Comentado e Leis Penais Especiais Comentadas* . 3. ed. São Paulo: Primeira Impressão, 2009. v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003, v. 1

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou Teoria da Retroatividade da Lei*. Rio de Janeiro. Freitas Bstos, 1955.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 52, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 edição. São Paulo: Atlas, 2008

MONTEIRO, João. *Curso de processo civil*. 2. ed., São Paulo, Duprat, 1905, v. I.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal nos crimes contra liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável - A lei 12.015/2009*. Revista Jurídica, Porto Alegre – RS, N° 383, p. 1 31-140, setembro. 2009.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Revista Jus Vigilantibus. Endereço eletrônico: <http://jusvi.com/artigos/1913>

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de processo penal*. 5 Ed. São Paulo, 1979. v. 1

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral. Parte Especial*. 4. Ed. São Paulo. 2009

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antônio. *Retroatividade da lei processual penal e garantismo*. Disponível em: < <http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo/>.>

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17 Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010

RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de direito penal*. 1. Ed. Método. 2010,

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida, *Inquérito Policial e Ação Penal*, São Paulo: Saraiva, 1992, p.152.

SANTOS, Neuton Jardim dos; SILVA, Diêgo Luiz Castro. *Leis nº 12.015/09 e 12.033/09 e reflexos na titularidade da ação penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2324, 11 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13840>>..

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001

STF. ADI 4301, p. 10. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3758530>.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 4 ed. Podium, 2010

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. São Paulo. 2008. v.1.

WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. v. I, Buenos Aires: ed. Ediar, 1987.